

IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN LAS SOCIEDADES ABIERTAS*

LEGAL IMPLICATIONS OF THE FEMALE GENITAL MUTILATION IN OPEN SOCIETIES

MERCEDES VIDAL GALLARDO
Universidad de Valladolid

Fecha de recepción: 17-11-14

Fecha de aceptación: 26-5-15

Resumen: *El fenómeno migratorio ha dado paso a un tipo de sociedad abierta que permite un enriquecimiento mutuo pero, a su vez, origina tensiones que surgen de la confrontación entre las costumbres y tradiciones de un pueblo y las reglas de convivencia de otra sociedad. Esta colisión se pone de manifiesto especialmente en el tema de la mutilación genital femenina, práctica que obedece a la observancia de una norma cultural en unos casos, religiosa en otros, concebida como signo de identidad, cuando no de género. En este trabajo analizamos la situación de esta realidad en nuestro país, el marco jurídico que sirve de referencia, así como las propuestas para su erradicación, teniendo en cuenta la jurisprudencia española a partir del cuestionado principio de justicia universal.*

Abstract: *Migration brings about an open type of society which allows for mutual enrichment, but, in turn, is not without tensions that arise as a result of the confrontation between the customs and traditions of a people and the rules of coexistence of another. This collision is especially evident in the subject of female genital mutilation, a practice that reflects the observance of cultural norm in some cases, and religious in other cases, which are a sign of identity or of gender. This paper studies this issue in our country, its legal frame of reference as well as proposals for its eradication, considering the Spanish case law starting from the contested principle of universal justice.*

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D DER2013-42261-P, del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, bajo el título "Solidaridad, participación y convivencia en la diversidad".

Palabras clave: mutilación genital femenina, principio de justicia universal, sociedades abiertas.

Keywords: female genital mutilation, principle of universal justice, open societies.

1. INTRODUCCION

Las migraciones son una constante en la historia de la humanidad y responden a la necesidad de buscar mejores condiciones de vida de aquellas personas que deciden migrar, quienes llevan consigo un bagaje cultural, unas costumbres y tradiciones que representan, en muchas ocasiones, sus señas de su identidad. El fenómeno migratorio da lugar a una sociedad cada vez más abierta étnica y culturalmente. Esta diversidad, si bien es cierto que permite un enriquecimiento mutuo, no está exenta de tensiones y conflictos que surgen, en algunos casos, como consecuencia del choque de culturas que se produce. En otras palabras, los problemas se derivan de la confrontación entre las costumbres y tradiciones de un pueblo y los modos de sentir y vivir de otra sociedad. Y esta colisión se pone de manifiesto especialmente en el tema de la mutilación genital femenina.

Tradicionalmente se venía pensando que este tipo de prácticas no afectaban a los países de la órbita occidental por entender que se llevaban a cabo en territorios muy alejados de nuestras fronteras. Sin embargo, este planteamiento inicial hoy no es de recibo, pues a partir de la década de los años noventa, como consecuencia del fenómeno migratorio, residen en nuestro país ciudadanos procedentes de Estados en los que este tipo de prácticas constituye una tradición que pretenden mantener durante su permanencia en territorio español.

Es por ello que la incorporación a nuestra sociedad de familias procedentes de entornos geográficos, históricos, sociales y culturales donde la realización de la mutilación genital tiene un fuerte arraigo identitario, hace que nos encontremos frente a un fenómeno que responde a unas tradiciones ancestrales propias de algunas comunidades que se asientan en nuestro país. Por otro lado, el creciente peso demográfico de estos colectivos va a hacer que en los próximos años no sea excepcional la presencia en nuestro entorno de niñas en riesgo de ser sometidas a una de estas prácticas, si tenemos en cuenta que no sólo se han detectado supuestos de mujeres mutiladas en otros países de la Unión Europea, sino también dentro de nuestras fronteras.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, es evidente que en las respuestas que los ordenamientos jurídicos otorgan a cuestiones como la mutilación genital, subyace la defensa de los derechos humanos frente a la observancia de una norma cultural en unos casos, religiosa en otros, del grupo de pertenencia y que es concebida, en la mayoría de los supuestos, como un signo de identidad, cuando no de género. Sin embargo, no puede quedar reducida la consideración de esta práctica a un mero asunto que pertenece a la esfera de la privacidad familiar, sino que entronca directamente con la defensa, protección y promoción de los derechos humanos.

Además, la mutilación genital femenina representa uno de los supuestos conflictivos que plantea la convivencia de diferentes culturas en el contexto de las sociedades abiertas como la nuestra, conflicto cuya resolución no puede reconducirse exclusivamente a la potestad sancionadora de los estados, una vez comprobada la insuficiencia del Derecho penal y las complicaciones que añade el principio de extraterritorialidad en la persecución de esta práctica, todo ello unido a las dificultades de prueba que suelen acompañar a estas actuaciones.

A partir de estas consideraciones, lo que pretendemos con este trabajo es analizar la situación de esta práctica atentatoria contra la dignidad de la mujer en nuestro país, su regulación jurídica, así como las propuestas para su erradicación, teniendo en cuenta los pronunciamientos de nuestros tribunales, a partir del tan cuestionado principio de justicia universal que rige en esta materia.

2. ACERCA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

2.1. Prácticas que comprende

La Organización Mundial de la Salud (OMS) considera que la mutilación genital femenina comprende una amplia variedad de prácticas que suponen la extirpación total o parcial de los genitales externos o su alteración por motivos culturales u otras razones que no son de índole médica¹. Este

¹ Tal y como lo define la Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS, la "mutilación genital femenina (MGF) comprende todos los procedimientos que, de forma intencional y por motivos no médicos, alteran o lesionan los órganos genitales femeninos" (OMS, Nota descriptiva N°241, Febrero 2010). Vid., http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_mgf_web.pdf

mismo organismo ha clasificado las diversas prácticas rituales, en función de su mayor o menor amplitud, y así distingue entre la circuncisión, la escisión y la infibulación. Todas ellas se suelen englobar bajo el nombre de “mutilación genital femenina”². A grandes rasgos podemos decir que la primera, *la circuncisión*, es la forma menos agresiva de intervención genital. Implica la remoción del prepucio clitorideo, conservando el clítoris, la parte posterior de los labios mayores y los labios menores. Este tipo de intervención ha sido equiparada por algunos autores a la circuncisión masculina³. *La escisión* supone la eliminación de todo el clítoris y puede incluir el corte de los labios menores. Esta escisión es también conocida con el nombre de *clitoridectomía*, es decir, corte o remoción del clítoris. La modificación más drástica tiene lugar a través de *la infibulación* que consiste en la eliminación completa del clítoris y de todos los labios, con una sutura total del órgano, salvo un pequeño orificio⁴.

Si bien el término mayormente utilizado ha sido el de mutilación genital femenina (MGF), cabe señalar que estas prácticas han recibido diversos nombres. Desde circuncisión femenina, hasta cirugía genital femenina, pasando por modificaciones genitales femeninas o corte genital femenino, término, éste último, acuñado por el Fondo de Población de las Naciones Unidas (FNUAP), con la expresión *female genital cutting*, “con el fin de evitar la demonización de ciertas culturas, religiones y comunidades”⁵. También han re-

² Junto a ellas, la OMS hace mención a una *cuarta categoría* que comprende prácticas de severidad variable sobre el área genital: piercing, dry sex, stretching, cauterización del clítoris o cualquier otra práctica o manipulación del área genital realizada sin finalidad terapéutica. Vid., A. KAPLAN, *et al*, “Las mutilaciones genitales femeninas: reflexiones para una intervención desde la atención primaria”, *Revista Atención Primaria*, núm 38, 2006, p. 122.

³ A. OBIORA, “Bigges and Barricades: Rethinking Polemics and Intransigence in Campaigning against Femalew”, *Case Western Reserve University Law Review*, núm 47, 1996, pp.275-378. Esta circuncisión también es llamada clitoridotomía, que procede del griego “escisión del clítoris”. En la cultura islámica la circuncisión se conoce como “sunna” (tradición), y así se menciona en algunos dichos del profeta Mahoma (ahadith).

⁴ El término infibulación procede del latín “fíbula” o pinza. Este tipo de intervención genital se conoce también con el nombre de “circuncisión faraónica” pues se cree que es un ritual que tuvo su origen en el antiguo Egipto. Vid., M.C. LA BARBERA., “Mujeres, migración y Derecho penal: el trato jurídico de la “mutilación genital femenina”, en *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Social-legal Studies*, vol. 4, núm 1, 2010, p. 37.

⁵ Esta expresión ha sido adoptada por algunos documentos oficiales recientes. En este sentido, la *United States Agency for International Development (USAID)*, pone de manifiesto que “la Circuncisión Femenina (CF), Mutilación Genital femenina (MGF), Cirugía Genital Femenina (CGF), son términos que se han utilizado para referirse a la tradición de la altera-

cibido el nombre de “intervenciones rituales sobre los genitales femeninos”, para hacer especial hincapié en su dimensión inherentemente iniciática⁶.

2.2. Procedencia, extensión y grupos de riesgo

No se puede afirmar con total seguridad cuando comienzan a realizarse este tipo de intervenciones. Tampoco hay pruebas concluyentes del lugar donde se inició esta costumbre ni hay constancia de la forma cómo se propagó. Lo que parece evidente es que dicha práctica es anterior a la aparición de las religiones monoteístas y que para determinar su génesis habría que remontarse a unos 5.000 o 6.000 años A.C, lo cual queda avalado por la aparición de algunas momias en las que se aprecia su existencia, práctica que se ha ido extendiendo por las sociedades tribales de muchos países africanos. Este hecho nos conduce a pensar que se trata de una práctica preislámica, carente de connotaciones religiosas⁷. En esta misma línea, algunos estudios ponen de manifiesto que tiene su origen en el Egipto faraónico y de ahí procedería el nombre con el que se designa a una de sus modalidades, *la infibulación*, también denominada *circuncisión faraónica*⁸.

ción de los genitales femeninos. En virtud de la política actual, la USAID utiliza el término neutral de corte genital femenino (CGF). Esta decisión ha sido motivada por el rechazo de la expresión MGF por muchos activistas y comunidades que lo consideran un juicio de valor peyorativo y no propicio para el debate y la colaboración (...) de forma que cuestiones de identidad, cultura y otras normas sociales están entrelazadas en esta práctica. Denominar la tradición por sus efectos físicos supone ignorar los presupuestos culturales del CGF (...). El término, Mutilación Genital Femenina, estigmatiza la práctica en detrimento de los programas que tratan de cambiarla (...). Vid., Anexo “USAID Policy on Female Genital Cutting (FGC): Explanation of Terminology”, en http://www.usaid.gov/our_work/global_health/pop/techareas/fgc/anneex.html

⁶ Vid., M.C. LA BARBERA, “Mujeres, migración...”, cit. p. 38.

⁷ M. D. ADAM MUÑOZ, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva de derecho internacional privado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba 2003, p. 25.

⁸ R. MACIAS, “Las cuchillas del terror y de la muerte”, *Revista d'estudis de la violència*, núm 11, 2º Trimestre 2010, p. 5. Tomando como fuente la información suministrada por Heródoto, en el siglo V a.C, la escisión se practicaba entre los pueblos fenicios, hititas y etíopes y se extendió a los territorios adyacentes (actualmente Sudán, Yibuti, Eritrea, Somalia y Etiopía). En el mismo sentido, se argumenta que existen pruebas suficientes para confirmar que la infibulación se consideraba una práctica habitual en el Antiguo Egipto y allí tuvo su origen, sin perjuicio de aquellas teorías que defienden que se trata de un antiguo rito africano practicado durante la pubertad, adoptado con posterioridad en Egipto.

Lo que parece incuestionable es que hoy en día este tipo de prácticas se lleva a cabo principalmente en 28 países de África subsahariana, así como en partes de Oriente Medio y Asia (Yemen, Omán, norte de Irak, ciertas regiones de India, Malasia e Indonesia, entre otras)⁹. Sin embargo, debido a los flujos migratorios, este fenómeno que fue local en su origen, se ha convertido ahora en global, en otras palabras, “la mutilación pervive en diáspora y puede encontrarse en Europa, Australia o los Estados Unidos de América. Allí donde los migrantes llevan consigo su cultura”¹⁰.

Por lo que se refiere a nuestro país, según datos proporcionados por el *Mapa de la Mutilación Genital Femenina (MGF) en España 2012*¹¹, dentro del territorio español viven 57.251 mujeres procedentes de países en los que se practica la mutilación genital femenina, con un aumento del 40% respecto a 2008. De ellas, 16.869 son niñas menores de 15 años, población que ha aumentado en un 61,4% respecto a 2008, lo que indica la antigüedad de las trayectorias migratorias de estos orígenes¹².

Teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos este tipo de prácticas es considerada como un rito de iniciación, es bastante frecuente que la edad de las niñas que la sufren se encuentre entre los 6 y los 12 años, incluso en

⁹ Vid., Informe de Unicef del 2012. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>

¹⁰ <http://www.mgf.uab.cat/esp/mgf.html>. En África, cada año unos tres millones de niñas corren el riesgo de ser objeto de alguna de estas prácticas en un contexto donde hay unos 140 millones de mujeres que sufren sus consecuencias en todo el mundo. Se calcula que en África se han sometido a MGF aproximadamente 92 millones de niñas de 10 años o más.

¹¹ A. KAPLAN y A. LÓPEZ GAY, *Mapa de la Mutilación genital Femenina en España 2012*, Universidad Autónoma de Barcelona, Fundación Wassu-UAB, Barcelona, 2013. La Fundación Wassu-UAB presenta la nueva edición del Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España, con datos de 2012 e información detallada de todas las comunidades autónomas. Este informe constituye la cuarta actualización del mapa (2001, 2005, 2009) y tiene como objetivo caracterizar demográficamente, por razón del sexo y de la edad, así como localizar en el territorio a la población de las nacionalidades provenientes de países en los que la MGF es prevalente.

¹² *Ibidem*. Se trata de una población que ha incrementado sostenidamente, a pesar de la crisis, y en los últimos años se han diversificado las nacionalidades de origen. El 31,7% de la población femenina de esta procedencia reside en Cataluña, mientras que un 13,2% reside en Madrid y un 10,8% en Andalucía. Lérida es el quinto municipio de España con más mujeres de estas nacionalidades, Barcelona, el sexto y Salt, el octavo, los tres con más de 1.200 mujeres. En el caso de las niñas menores de 15 años, la Comunidad catalana acapara el 36.6% del total, índice que representa más de 6.000 niñas, cifra que se ha visto incrementada en casi 2.000 desde el año 2008. Quizá estos datos vengan a justificar por qué esta Comunidad sea una de las pioneras en la adopción de medidas orientadas a la erradicación de esta mutilación, como veremos posteriormente.

edades más tempranas, en función del valor que tenga en la comunidad a la que pertenecen¹³ y sólo excepcionalmente se realice en la edad adulta. Como apuntan algunos autores “su aparición en las ciudades, como consecuencia de la emigración desde las áreas rurales, ha supuesto incluso una progresiva transformación en la forma de llevar a cabo esta práctica, pues hoy se realiza de forma clandestina, individualizada y a edades mucho más tempranas, incluso sobre bebés”¹⁴.

2.3. Significado: práctica religiosa o seña de identidad

La praxis de la mutilación genital representa la expresión de una de las desigualdades de género más profundamente arraigadas, en la que intervienen diversos factores, culturales una veces, sociales otros, vinculados a creencias religiosas en determinadas ocasiones, pero siempre inherentes a los valores propios de sociedades, comunidades y familias patriarcales¹⁵. Es por ello que a estas intervenciones rituales se les ha atribuido distinto significado simbólico, vinculado a razones de tipo religioso, socio-cultural, estético o de índole sexual y reproductiva¹⁶ que reflejan aspectos diferentes, todos ellos relacionados con la definición de la edad adulta, la identidad étnica, el

¹³ J. ROSELL, “La mutilación genital femenina”, en *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, AA.VV, A. MOTILLA (ed.), Trotta, Madrid, 2004, p. 231.

¹⁴ J. ROPERO CARRASCO, “La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas basadas en razones de discriminación sexual”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, 2003, p. 357. J. ROSELL, “La mutilación genital femenina”..., cit. p. 231. En palabras de este autor, “en algunos países estas prácticas han sido incorporadas de tal manera que, en ocasiones, son realizadas en hospitales y llevadas a cabo por personal sanitario con medios menos rudimentarios que los habituales, aunque prescindiendo de la anestesia o empleando únicamente un anestésico local”.

¹⁵ F. JIMÉNEZ GARCÍA, “La mutilación genital femenina (MGF) y el principio de extraterritorialidad. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013, de 4 de abril de 2013”, *Revista de Derecho Internacional Público*, vol. LXV, 2013, p. 250.

¹⁶ M. E. TORRES FERNÁNDEZ, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm 17, 2008, p. 12. En palabras de esta autora “bajo esta práctica subyacen distintos tipos de legitimación que pueden reconducirse a razones de índole sexual y reproductiva, como la creencia de mejora de la fertilidad o el peligro que puede entrañar a la hora del alumbramiento de los hijos. En otros casos, se aluden a razones de estética o de belleza, como que los genitales femeninos son feos y hay que cortarlos o que son una parte masculina del cuerpo de la mujer y por ello deben desaparecer para así reintegrar a la mujer en su plena feminidad, si bien, frecuentemente se hace alusión a la ablación como un acto de purificación que hace más digna a la mujer que se somete a él (...). Vid., V. CASADO, “La mutilación genital femenina como forma de violación de

género o la posibilidad de contraer matrimonio.¹⁷ Vamos a analizar por separado las razones esgrimidas para legitimar su práctica¹⁸.

Bajo su configuración como práctica tradicional justificada por razones religiosas, estas intervenciones rituales no están contempladas en ninguna de las tres religiones monoteístas pero están difundidas entre musulmanes, cristianos, y falashas (judíos negros de Etiopía). Sin embargo, la justificación religiosa de esta práctica es difícilmente sostenible porque mientras las zonas de África central islamizada la mantuvieron, países como Arabia Saudí, la cuna del Islam, la desconoce¹⁹. Convive además con religiones animistas, con el cristianismo e incluso con el judaísmo ortodoxo. En el Corán no se cita esta mutilación genital, aunque hay algunos *hadices* que la reconocen como una práctica preislámica, nunca concebida como una intervención obligatoria²⁰. Por tanto, no encuentra su fundamento en ningún precepto coránico sino que “se trata del resultado de una interpretación sesgada, puntual, no gene-

los derechos humanos”, en *Género y Derechos humanos*, A. GARCÍA INDA y E. LOMBARDO (coords), Zaragoza, 2002, p. 419.

¹⁷ M. C. LA BARBERA, “Mujeres, migración y derecho penal...”, cit. p. 39. La autora realiza un análisis detallado de las diversas motivaciones que tratan de dar sentido a estas intervenciones en los genitales femeninos a través de distintos estudios efectuados sobre este particular, Vid. A. OBIORA, “Bridges and Barricades: Rethinking Polemics...”, cit. pp. 275-378. C. OBERMEYER, “Female Genital Surgery: The Known, the Un known, the unknowable”, *Medical Anthropology Quarterly*, vol. 13, núm 1, 1999 pp. 79-106; F. AHMADU., “Rites and Wrongs: An Insider/Outsider Reflects on Power and Escision”, en B.Shell-Duncan y Y. Herlund (eds), *Female “Circuncision” in Africa, Culture, Controversy and Change*, Boulder, Colorado, 2000, pp. 575-622; L. FAVALLI, “Whats is Missing? Female Genital Surgeries – Infibulation, Excision, Clitoridectomy, in Eritrea”, *Global Jurist Frontiers*, vol. 1, 2001, pp. 1-99; S. JAMES y C. ROBERTSON, *Genital Citting and Transnational Sisterhood. Disputing U.S. Polemics*, University of Illinois Press, Chicago, 2002.

¹⁸ Vid., M.C. LA BARBERA, “Intervenciones sobre los genitales femeninos. Entre el bisturí del cirujano plástico y el cuchillo ritual”, *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, núm 2, 65, pp. 445-464. <http://rdtp.revistas.csic.es/index.php/rdtp/article/viewFile/236/237>.

¹⁹ Vid., N. AL-SA DAWI., *La cara desnuda de la mujer árabe*, 2º ed. Madrid, 2011, p. 60. M. CHARFI., “L’influence de la religion dans Droit International privé des pays musulmans”, *Recueil des Cours* 1987, vol. 203, pp. 321-454.

²⁰ M.J. GUERRA PALMERO, “Culturas y género; prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, núm 38, enero-junio, 2008, p. 69. A juicio de esta autora “hay que tener en cuenta, no obstante, que en la elaboración que hacen las diferentes escuelas jurídicas de estas prácticas, no hay consenso. Así, para la escuela malakí, actualmente en vigor en el Magreb, el jítân (circuncisión masculina) es una práctica obligatoria para los hombres mientras que el jífâd (mutilación femenina) es sólo recomendable para las mujeres. En cambio, para la escuela shâfií, esta intervención es obligatoria, gâdjib, y esta escuela rige actualmente en Bahrein, África Oriental y Egipto”.

ralizada y, desde luego, aberrante”²¹. Esta práctica, de hecho, “se deriva de la tradición oral, puesto que son los proverbios atribuidos a Mahoma los que se invocan en este caso, y su veracidad no es unánimemente aceptada por los líderes islámicos”²². Sin embargo, esta significación religiosa ha seguido siendo defendida por algunos representantes religiosos más puros defensores del integrismo islámico que utilizan este tipo de prácticas como escudo frente a la que consideran “amenazante intromisión” de la cultura occidental en la conservación y el fomento de las costumbres y tradiciones islámicas. Lo cierto es que a pesar de la desvinculación de esta práctica de los libros sagrados, su identificación con el Islam ha sido utilizada, por determinados sectores, como estrategia estigmatizadora de la religión musulmana²³.

Hoy parece más sostenible la tesis que concibe esta intervención genital como una especie de rito de iniciación que marca el paso de la pubertad a la edad adulta, rito a través del cual se transmiten normas sociales y secretos de la sabiduría popular. Se trata de una práctica que se realiza exclusivamente entre mujeres y constituye la manera de transferir la cultura femenina de una generación a la siguiente²⁴. Por esa razón, las comunidades oponen fuerte resistencia a las medidas que los distintos países adoptan para la erradicación de estas prácticas²⁵. Además, sirve para afirmar la identidad de género de la mujer que la sufre pues, como parte del rito de iniciación a la edad adulta, esta definición de género está directamente vinculada a la posibilidad de casarse²⁶. Sólo una mujer iniciada está preparada para contraer matrimonio²⁷.

²¹ J.M. TEROL, “Islam y Derecho Internacional: influencia y desencuentros”, en S. CATALÁ y J.M. MARTÍ SÁNCHEZ (eds.), *El Islam en España*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, p. 108. En el mismo sentido se pronuncia Z. COMBALÍA, “Inmigración y tutela de los derechos de libertad religiosa en España”, en AA.VV., *Migraciones, Iglesia y Derecho. Actas del V Simposio del Instituto Martín de Azpilicueta sobre Movimientos migratorios y acción de la Iglesia. Aspectos sociales, religiosos y canónicos*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2003, p. 154.

²² J. ROSELL, “La mutilación genital...”, cit. p. 232.

²³ M.J. GUERRA PALMERO, “Culturas y género...”, cit. p. 69.

²⁴ Vid., M.D. ADAM MUÑOZ, *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*, Córdoba 2001, pp. 50 y ss.

²⁵ O. NNAEMEKA, “If Female Circumcision Did Not Exist, Western Feminism Would Invent It”, en *Eye to Eye: Women Practicing Development across cultures*, Londres, 2001, p. 177.

²⁶ M.C. LA BARBERA, “Cuerpo femenino y diferencia cultural: el caso de la mutilación genital masculina”, T. AGUADO ODINA y M. del OLMO PINTADO (eds.), *Educación Intercultural: Perspectivas y propuestas*, Madrid, 2009, pp. 333-360.

²⁷ M.C. LA BARBERA, “Mujeres, migración y Derecho penal...”, cit. p. 40. En palabras de esta autora “por esta razón las mujeres africanas someten a sus hijas a estas intervenciones

Tiene, en consecuencia, “el efecto de traumático rito iniciático, ejercido por otras mujeres dedicadas a esta tarea, con el fin de señalar el lugar de sumisión de la niña o adolescente frente al futuro marido, así como frente a las mujeres mayores”²⁸.

En definitiva, a la experiencia derivada de estas prácticas se le atribuye un papel fundamental en la creación de relaciones sociales, pues quienes son sometidas a ellas desarrollan un fuerte sentido de solidaridad, de mutua ayuda y de hermandad²⁹. Desde este punto de vista, las intervenciones rituales sobre los genitales están profundamente vinculadas a la identidad étnica y actúan en el contexto de una estructura social centrada en el grupo³⁰. En algunas sociedades estas prácticas funcionan como auténticos marcadores étnicos al mismo nivel que lo hacen aspectos como la raza, la lengua o la religión, permitiendo recordar a los miembros su pertenencia al grupo, lo cual justificaría su difusión en la diáspora desde las excolonias africanas³¹.

Compartimos la opinión de aquellos que consideran que con independencia del significado que estas prácticas tuviesen en su país de origen, “las intervenciones rituales sobre los genitales adquieren nuevos significados en los países occidentales, donde se han convertido en símbolos de tradición, identidad y autenticidad, transformando el cuerpo de la mujer en una frontera étnica”³². Además, en aquellos casos en que el proceso migratorio se prevé con carácter provisional, la continuación de esta práctica ritual significativa en el país de origen representa, desde una perspectiva de retorno, una garantía de reintegración³³.

rituales ya que una niña no circuncidada es considerada inaceptable para el matrimonio. De manera que una madre que no exponga a su hija a la extirpación en determinadas comunidades es considerada una mala madre que no cumple con sus deberes y, por tanto, se sentirá culpable de no dar cabida a su hija en una vida social normalizada con éxito matrimonial”.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ A. MORINIS, “The Ritual Experience: Pain and the Transformation on Consciousness in Ordeals of Initiation”, *Ethos*, vol. 13, núm 2, 1998, p. 154.

³⁰ E. GRANDE, “Hegemonic Human Rights and African Resistance: Female Circumcision in a Broader Comparative Perspective”, *Global Jurist Frontiers*, vol. 4 núm. 2, 2004, p. 15.

³¹ M.C. LA BARBERA, “Mujeres, migración y Derecho penal...”, cit. p. 40.

³² *Ibidem*., p. 41.

³³ S. JOHNSDOTTER, “Persistence of Tradition or Reassessment of Cultural Practices in Exile? Discourses on Female Circumcision among and about Swedish Somalia”, en B. SHELL-DUNCAN y Y. HERNLUND (eds), *Transcultural Bodies. Female Genital Cutting in Global Context*, New Brunswick, 2007, p. 116.

3. MARCO JURÍDICO DE REFERENCIA

Con independencia de cuales sean las razones esgrimidas en aras a legitimar este tipo de prácticas atentatorias contra la dignidad de la mujer, se trata de intervenciones que han sido reconocidas internacionalmente como un problema global. Según UNICEF “la práctica de la mutilación genital femenina no está limitada a los países en que se ha practicado tradicionalmente. La emigración africana a los países industrializados es una característica presente desde el final de la segunda guerra mundial y muchas de las emigrantes provienen de países que la practican. Más allá de los patrones migratorios, con frecuencia reflejan los lazos establecidos en el pasado colonial”³⁴. Se trata, en consecuencia, de una práctica reprobada por los distintos ordenamientos jurídicos³⁵, no sólo a nivel internacional y europeo³⁶, sino también en la esfera de nuestro sistema jurídico nacional y autonómico.

³⁴ Informe de UNICEF. *Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina*, Siena, Unicef, 2005, Centro de Investigaciones Inocenti. Vid., <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/fgm-e.pdf>.

³⁵ Vid., A. FACHHI, “Mutilaciones genitales femeninas y derecho positivo”, *Derechos de las Minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo general del Poder Judicial, J. De LUCAS MARTÍN (coord.), núm 11, 1998, pp. 141 y ss.

³⁶ Resultan de especial interés para nuestro estudio, algunos de los trabajos que analizan esta práctica desde una perspectiva de derecho comparado. Vid., *Legislación sobre mutilación genital femenina en Europa y su aplicación en Bélgica, Francia, España, Suecia y el Reino Unido*, E. Leye y J. Deblonde (coord.), International Centre for Reproductive Health, Universidad de Gante, Ghent, ICRH, 2004. http://issuu.com/josegarciaanon/docs/brochure_fgm_legislation_spanish; E. LEYE, J. DEBLONDE, J. De LUCAS, J. GARCÍA AÑÓN, S. JOHNSDOTTER, A. KWATENG-KLUVITSE, L. WEIL-CURIEL, *A comparative analysis of the different legal approaches towards female genital mutilation in the 15 EU Member States, and the respective judicial outcomes in Belgium, France, Spain, Sweden and the United Kingdom*, E. Leye y J. Deblonde (coord.), International Centre for Reproductive Health, Universidad de Gante, ICRH Publications n° 8, Ghent, ICRH, 2004, <http://www.icrh.org/files/icrh%20publications%20n°8%20comparative%20analyse2.pdf>; AA.VV., “An analysis of the implementation of laws with regard to female genital mutilation in Europe”, en *Crime, Law, and social change*, Springer Netherlands, vol. 47, núm. 1, 2007, pp. 1-31; AA.VV., *Evaluating the impact of existing legislation in Europe with regard Female Genital Mutilation. Spanish National Report*, Daphne programme (Directorate General of Justice and Home Affairs. European Commission), Group of Studies on Citizenship, Migration and Minorities, University of Valencia, Valencia, 2003-2004, pp. 1-111, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, (http://www.uv.es/CEFD/17/Daphne_SpanishReport_February_04.pdf).

3.1. Instrumentos de Derecho Internacional

Son muy diversas las Declaraciones y Convenciones que de una manera más o menos directa vienen a sancionar este tipo de prácticas que representan una violación de los derechos humanos de millones de mujeres³⁷. En primer lugar, es de aplicación a esta materia las disposiciones por las que se rige la comunidad internacional basadas en los principios de igualdad, libertad y eliminación de toda forma de discriminación. Es el caso de la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948* que, partiendo del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, la dignidad y la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (art. 2), establece que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (art. 2)³⁸. En el mismo sentido se pronuncian el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, junto a la *Conferencia Internacional de la ONU sobre Población y Desarrollo*, cuyos textos abordan el derecho al disfrute de la salud y el bienestar físico y mental e insisten en la promoción de una política pública educativa de los países afectados³⁹.

A partir de esas disposiciones, es indudable que el consenso internacional ha evolucionado hacia el reconocimiento de distintas violaciones de los derechos humanos tomando como referencia el papel social encomendado a la mujer y la creación de instrumentos jurídicos específicos para su eliminación. A esta finalidad responde la *Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979*⁴⁰. Esta norma obliga a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o que encuentren su fundamento en roles estereotipados asignados convencionalmente a hombres y mujeres⁴¹. A través de esta Convención se crea el *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, órgano encarga-

³⁷ M.D. ADAM MUÑOZ, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones*, op. cit. pp. 33 y ss.

³⁸ J.A. CARRILLO SALCEDO, “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, AA.VV., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Homenaje al Prof. Díez de Velasco, Madrid, 1993, pp. 167-178.

³⁹ Vid., M. HERRERA MORENO, “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho Penal*, núm 5, 2002, p. 58.

⁴⁰ <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

⁴¹ Vid., C. BUSTELO GARCÍA DEL REAL, “Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, en

do de vigilar su observancia que va a dictar la *Recomendación General n° 14*, en el año 1990. Esta Recomendación solicita a los Estados parte que adopten las medidas adecuadas y eficaces para la erradicación de la Mutilación genital femenina, especialmente la adopción de medidas sanitarias y educativas.

En este mismo sentido, en el año 1993 se aprueba la *Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer*⁴². Aporta este texto una amplia definición de violencia contra la mujer, encuadrando dentro de ella la mutilación genital femenina, prohibiendo su art. 4 a los Estados “invocar ninguna costumbre tradición o consideración religiosa para eludir su obligación”, en otras palabras, para eludir su compromiso en orden a la erradicación de la violencia de género.

Otros textos internacionales abordan este tema desde la perspectiva del reconocimiento de la igual libertad entre el hombre y la mujer en el ejercicio de los derechos a la salud sexual y reproductiva⁴³. Ejemplo de ello son la *Declaración y la Plataforma de Acción de Pequín* de 1995 y la *Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre población y desarrollo* de 1994⁴⁴.

Por su parte, la *Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*⁴⁵, vincula la práctica de estas intervenciones a la eliminación de discriminación fundada en creencias religiosas o ideológicas. Esta Declaración protege los derechos de los menores frente a prácticas culturales o confesionales atentatorias contra su dignidad, de manera que “la práctica de la religión o convicciones en las que se educa a un niño no deberá perjudicar a su salud física o mental ni a su desarrollo integral” (art. 5.5).

Teniendo en cuenta que esta mutilación suele llevarse a cabo sobre menores, merece especial mención lo dispuesto en la *Convención sobre los dere-*

La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995, F. Mariño Menéndez (ed.), Madrid, 1996, p. 53.

⁴² <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2018.pdf>

⁴³ Sobre este particular Vid., A. KAPLAN MARCUSAN., “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género”, en *Multiculturalidad, Cuadernos del Poder Judicial*, J. De Lucas Martín (coord.), núm 6, 2001, pp. 197-199.

⁴⁴ Vid., M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “La mutilación...”, cit. p. 4. Esta perspectiva orienta el tratamiento del tema como un aspecto del derecho de las mujeres a disfrutar del mayor nivel posible de la salud en un concepto amplio de ésta, ligado al pleno disfrute de los derechos sexuales y reproductivos.

⁴⁵ http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_especifi_uni/instru_dere_civ/relig/decla_relif.PDF

chos del niño de 1989 que obliga a los Estados parte a adoptar las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de prejuicio o abuso físico o mental (art. 19), así como las medidas eficaces para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para su salud (art. 24.3), en una clara alusión a la mutilación genital⁴⁶.

No obstante, la ausencia de carácter vinculante de estos textos y la obstinación de algunos grupos por la pervivencia de estas prácticas al quedar vinculadas a motivos religiosos y culturales, ha dado lugar a que la comunidad internacional haya actuado de forma más efectiva, dictando Declaraciones y Resoluciones por parte de organismos internacionales y regionales en las que se insta a los Estados a adoptar medidas penales y administrativas así como a fomentar medidas de carácter social tendentes a establecer políticas de prevención⁴⁷.

En este sentido, se aprueba la *Resolución 67/146*, de la Asamblea General de 20 de diciembre de 2012 sobre la *Intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina*⁴⁸. En ella se establecen los principios rectores esenciales que han de regir las políticas nacionales e internacionales para la eliminación de esta práctica. Su objetivo es el empoderamiento de las mujeres y de las niñas como medida esencial para poner fin a la discriminación y para proteger los derechos humanos, entre ellos, el derecho al más alto nivel posible de la salud mental y física, incluida la salud sexual y reproductiva. Para ello, se insta a los Estados a la adopción de programas y actividades de información, concienciación y educación, vinculados directamente con las políticas de integración de las comunidades afectadas desde un enfoque amplio y sistemático que tenga en cuenta las diferencias culturales y la perspectiva social. Asimismo, esta Resolución insta a los Estados a adoptar medidas punitivas contra esta práctica, bien se realice dentro o fuera de las instituciones médicas para poner fin a la impunidad de tales actividades.

⁴⁶ Vid., M. HERRERA MORENO, "Multiculturalismo y tutela penal...", cit. p. 58. En definitiva, aboga esta Convención por "la abolición de prácticas de victimización infantil basadas en la tradición".

⁴⁷ Vid., J. ROSELL, "La mutilación genital...", cit. pp. 234-236. Este trabajo hace una recopilación de documentos en los que las Naciones Unidas ha expresado su interés por la erradicación de esta práctica.

⁴⁸ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/PV.60&Lang=S.

Vid., F. JIMÉNEZ GARCÍA, "La mutilación genital femenina...", cit. p. 351.

3.2. Regulación jurídica comunitaria europea

Partiendo de la consideración de que la mutilación genital constituye un ataque frontal a los más elementales derechos de las personas, en el seno de la Unión Europea se han adoptado una serie de medidas para evitar su práctica o para sancionarla, en el caso de que ésta ya se haya producido. La primera medida adoptada en este sentido viene de la mano de la *Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986 sobre agresiones a la mujer*⁴⁹. Su art. 47, bajo la rúbrica de “mujeres pertenecientes a minorías”, lamenta la práctica de la ablación y la infibulación entre ciertos grupos de inmigrantes residentes en los Estados miembros; pide a las autoridades nacionales de estos países que adopten y apliquen la legislación que prohíba estas prácticas y que eduquen a las mujeres sobre las consecuencias nefastas de las mismas.

En esta misma línea de condena, el Parlamento Europeo dicta la *Resolución sobre Mutilación Genital Femenina en Egipto*, de 10 de julio de 1997⁵⁰. A través de ella se insta a los Estados miembros a perseguir a quienes lleven a cabo estas prácticas así como a conceder asilo a las mujeres que lo soliciten por esta causa⁵¹. Posteriormente, en el año 2001 se aprueban sendas *Resoluciones del Parlamento europeo de 20 de septiembre sobre Mutilaciones Genitales Femeninas*⁵²

⁴⁹ <http://funvic.org/paginas/legislacion/legi6.htm>

⁵⁰ En esta Resolución el Parlamento Europeo se pronuncia sobre lo acontecido en este país en relación a esta práctica, ya que el Tribunal Administrativo de El Cairo anuló la Orden del Ministerio de Sanidad de Egipto de julio de 1996 en la que se prohíbe la práctica de la ablación del clítoris en los hospitales públicos y el Consejo de Estado de este país admitió como lícita la misma. A través de esta Resolución se apoya firmemente la decisión del Gobierno egipcio y de su Ministerio de sanidad de recurrir la sentencia del Tribunal Administrativo y la continuidad de esta campaña.

⁵¹ En esta misma línea, en junio del año 2000, el Parlamento Europeo emite una propuesta de Resolución sobre la mutilación genital femenina, complementaria de la anterior, en la que se considera que esta práctica “constituye un atentado gravísimo a la salud psíquica y física de las mujeres y de las jóvenes y que ninguna motivación de naturaleza cultural o religiosa la puede justificar. Por este motivo invita al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros, entre otras acciones a “tratar las mutilaciones genitales femeninas como un crimen contra la integridad personal”.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2001-0476+0+DOC+XML+V0//ES>. Un año más tarde, la Unión europea celebra la primera conferencia sobre mutilación genital femenina organizada con la finalidad de compartir experiencias y poner en conocimiento de los Estados de la Unión los problemas que se derivan de su práctica para poder ofrecerles tratamiento y solución.

⁵² Resolución del Parlamento Europeo (A5-0285/2001) sobre las mutilaciones genitales femeninas (2001/2035 INI), DO C 77 E, 28-3-2002). En el número 31, in fine, solicita a los

y de 25 de octubre sobre *Mujeres y Fundamentalismo*⁵³. En la primera de ellas se condena enérgicamente esta práctica por representar una violación de los derechos humanos y se solicita a los Estados miembros que adopten todas las medidas informativas, preventivas, penales y administrativas, para hacer frente a las mismas. Por su parte, la segunda Resolución denuncia, en el apartado V, la utilización de prácticas culturales y tradicionales como la mutilación genital y su considerando 3 pone de manifiesto que “dentro de la Unión Europea, la defensa de los derechos de las mujeres implica la imposibilidad de aplicar normativas y tradiciones opuestas o no compatibles (...), de manera que no se admitirá que bajo pretexto de creencias religiosas, prácticas culturales o consuetudinarias, se violen los derechos humanos (...)”⁵⁴.

La cámara europea volvió a pronunciarse sobre esta materia en dos nuevas Resoluciones. *La Resolución de 16 de mayo de 2008*⁵⁵ establece las prioridades en las estrategias europeas relacionadas con los derechos de los niños para instar a los Estados miembros a que apliquen medidas legales específicas sobre mutilación genital femenina, así como que elaboren leyes que permitan la adopción de acciones penales contra toda persona que lleve a cabo este tipo de prácticas. Otra *Resolución es de 24 de marzo de 2009*⁵⁶, dedicada específicamente a la lucha contra la mutilación genital femenina en la Unión Europea, considera ésta como una violencia contra las mujeres que surge de estructuras sociales basadas en la desigualdad entre los sexos y en las relaciones desequilibradas de poder, dominación y control, en las que la presión

Estados miembros que “adopten una legislación contra cualquier práctica que ponga en peligro la integridad física o psíquica de las mujeres, como la ablación del clítoris”.

⁵³ Resolución del Parlamento Europeo (P5 TA 2002 0110) sobre las mujeres y el fundamentalismo (2000/2174 INI), (DOCE C 47 E, 27-2-2003).

⁵⁴ Vid., M. ELOSEGUI ITXASO, “Mujer y Fundamentalismo”, *Revista Aequalitas*, num 10-11, 2002, pp. 9-11.

⁵⁵ <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2007/2093> (INI)

⁵⁶ <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2008/2071> (INI).

A través de esta Resolución la Comisión de Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo ha elaborado un informe sobre la lucha contra esta práctica y en él se exhorta a los Estados a cuantificar el número de mujeres que han sufrido mutilaciones o se encuentran en riesgo de sufrirlas en cada país de la Unión Europea y a que elaboren y apliquen una estrategia global que incluya los objetivos de prevención y eliminación de la Mutilación. Vid sobre este particular., Y. GARCÍA RUÍZ, *Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género*, Madrid, 2009, Fundación Alternativas, p. 20.

social y familiar está en el origen de la violación de un derecho fundamental, como es el respeto a la integridad de la persona.

Por otro lado, en la *Resolución del Parlamento Europeo*, de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión *para combatir la violencia contra las mujeres*⁵⁷, se proponía una estrategia para luchar contra esta violencia junto a la mutilación genital femenina, como base para futuros instrumentos legislativos de Derecho penal para combatir la violencia de género, incluido un marco para su erradicación (política, prevención, protección, persecución, previsión y asociación), seguido de un plan de acción de la Unión. Finalmente, en la *Directiva del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2012*⁵⁸, en la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, se hace referencia expresa, como forma de violencia por motivos de género, a la mutilación genital femenina.

En este mismo contexto hay que situar las acciones emprendidas por el Consejo de Europa⁵⁹. Así, en mayo de 2011 se adoptó en Estambul el *Convenio sobre la prevención y la lucha contra las mujeres y la violencia doméstica*⁶⁰, que en fecha de 1 de agosto de 2014 ha entrado en vigor en España⁶¹, junto a otros once países de los trece que lo han ratificado. El Convenio está centrado en la detección, prevención y lucha contra todas las formas de violencia sobre la mujer, desde el maltrato a manos de su pareja al matrimonio forzoso o la mutilación genital femenina⁶². Por lo que respecta al tema de la competencia

⁵⁷ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT%2BTA%2BP7-TA-2011-0127%2B0%2BDOC%2BXML%2BV0//ES&language=ES>

⁵⁸ <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

⁵⁹ Con carácter previo, había adoptado la Resolución 1247 de la Asamblea Parlamentaria de 2001, la cual representa un avance sobre este tema porque insta a los gobiernos a que emprendan distintas acciones entre las que se incluyen la elaboración de legislaciones nacionales ordenadas a su prohibición, promoción de sensibilización y flexibilidad en la concesión del derecho de asilo a madres e hijas en situación de riesgo de ser sometidas a estas prácticas.

⁶⁰ <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/conventionviolence/convention/Convention%20210%20Spanish.pdf>

⁶¹ BOE-A-2014-5947, núm. 137, de 6 de junio de 2014. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>

⁶² Su artículo 38 se pronuncia en los siguientes términos: “las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de

de los tribunales, este instrumento se decanta por el principio de extraterritorialidad e insta a los Estados a adoptar cuantas medidas sean necesarias en aras a la persecución de los delitos previstos en el mismo para el caso de que su víctima sea una nacional o una persona con residencia habitual en su territorio (art. 44.2)⁶³. Por otro lado, el Convenio contiene una referencia implícita al principio de justicia universal a través de la cláusula estándar del art. 44.7 en la que se dispone que “*sin perjuicio de las normas generales de Derecho Internacional, el presente Convenio no excluye ninguna competencia penal ejercida por una Parte conforme a su legislación interna*”⁶⁴.

3.3. Legislación española

La sensibilidad de la opinión pública ante las prácticas tradicionales atentatorias contra la salud y el bienestar de las mujeres se inicia en nuestro país a raíz de la llegada regular de personas de muy distintos orígenes que han convertido a España en destino cualificado de inmigración. En el contexto más amplio de la eliminación de las diferentes formas de discriminación contra la mujer y en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, el legislador español ha tratado de dar una adecuada respuesta a las distintas cuestiones que suscita el tema de la mutilación genital femenina.

En nuestro país se venía aplicando el artículo 149 de Código Penal de 1985 para sancionar esta práctica como un delito de lesiones. Por tanto, no era la ausencia de tipos penales específicos lo que ha justificado la reforma legal ope-

modo intencionado: a) La escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) El hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; c) El hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin”.

⁶³ Vid., sobre el particular la siguiente bibliografía: AA.VV., “El principio de justicia universal: una propuesta de “lege ferenda”, A.I. PÉREZ CEPEDA (dir.) C. D. BENITO SÁNCHEZ (ed. lit.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, A. I Pérez Cepeda (dir.), Tirant lo Blanch, 2012; L. M. BUJOSA VADELL., “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, *Diario La Ley*, núm 7298, 2009; J. DE CARPIO DELGADO., “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, núm 7307, 2009; M. OLLÉ SESÉ., “A vueltas con la justicia universal”, *Política exterior*, vol. 28, núm 60, 2014, pp. 96-104; F. MORALES PRATS, “La reforma del Principio de justicia universal”, *Revista de derecho y proceso penal*, núm 35, 2014, pp. 13-20.

⁶⁴ Vid., F. JIMÉNEZ GARCÍA, “La mutilación genital femenina (MGF) y el principio de extraterritorialidad...”, cit. p. 353.

rada en esta materia, puesto que era posible su castigo por medio de las figuras ya existentes⁶⁵. Más bien esta reforma obedece a la necesidad de dotar de un mismo tratamiento jurídico a las lesiones que incapacitan para la vida sexual satisfactoria a las mujeres y, que en defecto de esta norma, tenían un tratamiento punitivo más benévolo que las lesiones de entidad similar causadas a un varón⁶⁶. Sin embargo, no es hasta el año 2003, en virtud de la *Ley 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, cuando se tipifica explícitamente esta conducta como delictiva, castigándose en el art. 149.2 del C.P al que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones⁶⁷.

Asimismo, la *Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio*, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, posibilita su persecución cuando la comisión del delito se realice en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes han emigrado a nuestro país⁶⁸. Se convierte, desde este momento el tema de la mutilación genital femenina en una materia respec-

⁶⁵ A. LLABRÉS FUSTER, "El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-penal español", en *Europa: derechos, culturas*, F.J. De Lucas Martín (coord.), Universidad de Valencia, 2006, pp. 67-86, donde se abordan los principales problemas que plantea esta figura desde el punto de vista de política criminal.

⁶⁶ En el caso del varón este tipo de lesiones eran reconducibles, en todo caso, a alguna de las modalidades más graves del delito, ya se tratase de impotencia o de la privación de un miembro, puesto que teniendo por objeto la lesión de los genitales externos de un varón, siempre se catalogaban como principales. Vid., M. E. TORRES FERNÁNDEZ, "La mutilación genital femenina...", cit. p. 11.

⁶⁷ La Exposición de Motivos de la mencionada Ley, en su apartado IV, pone de manifiesto que "(...) con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales". Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina (...).

⁶⁸ Como reconoce la Exposición de Motivos de esta norma, "el hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes de la Unión Europea, no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos (...)". Además, añade un nuevo epígrafe g) al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue: "4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional suscepti-

to de la cual rige la denominada justicia universal⁶⁹. Posteriormente, con la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985 operada por la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre*, se produjo un cambio en la regulación y aplicación de este principio de justicia universal. En el planteamiento de dicha reforma latía la idea de perfilar la competencia de la jurisdicción española, ampliando, por un lado, los delitos que, habiéndose cometido fuera del territorio nacional e independientemente de la nacionalidad de su autor, son susceptibles de ser investigados por la jurisdicción española y, por otro lado, definiendo las condiciones que debían darse para que la justicia española fuera competente, adaptando la justicia universal al principio de subsidiariedad y a la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

Esta materia experimenta una nueva reforma en virtud de lo establecido en la *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la justicia universal* con la finalidad de delimitar con precisión, aplicando el principio de legalidad y reforzando el de seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía. Con esta finalidad, el reciente cambio legislativo viene a establecer los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española. En este sentido, determina de un modo ajustado al tenor de los tratados internacionales, –el más reciente suscrito por España es de 1 de agosto de 2014, sobre la prevención y la lucha contra las mujeres y la violencia doméstica– qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española⁷⁰, en qué casos y

bles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España”.

⁶⁹ Vid., sobre el particular, la bibliografía referenciada en la nota 63 de este trabajo.

⁷⁰ Es el artículo 1.4. k), bajo el epígrafe “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad”, el que establece las condiciones en que se puede perseguir este delito, exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España”.

bajo qué condiciones⁷¹. No obstante, a pesar de la claridad con que se expresa la ley, no ha sido hasta octubre de 2014 cuando la Audiencia Nacional se ha pronunciado sobre su competencia para investigar el delito de mutilación genital femenina perpetrado en el extranjero cuando los autores o la víctima tengan algún tipo de vinculación en España⁷².

De la misma forma, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad entre hombres y mujeres, en su Disposición Adicional vigésimo novena, modifica la definición de persona refugiada a la que se refiere la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para hacer referencia a que la condición de persona refugiada “será de aplicación a mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a tener temores fundados de sufrir persecución por motivos de género”⁷³. Esta disposición abre las puertas al reconocimiento del derecho de asilo a las mujeres y niñas que lo soliciten, apelando al riesgo de ser víctimas de esta práctica⁷⁴. Así, en materia de asilo podemos afirmar que España es uno de los países

⁷¹ Además resalta esta Ley que “la persecución de delitos cometidos fuera de España tiene un carácter excepcional que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la presentación de querrela por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito”. Vid., Exposición de Motivos de la Ley 1/2014, de 13 de marzo, y art. 1.6.

⁷² Vid., <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Pleno-de-la-Sala-Penal-de-la-Audiencia-Nacional-acuerda-la-competencia-de-Espana-para-la-persecucion-de-los-delitos-de-ablacion>. Los jueces de la Audiencia Nacional han seguido unificando sus criterios sobre la aplicación del principio de justicia universal tras la reforma operada para limitar la capacidad de los tribunales españoles para perseguir delitos cometidos en el extranjero. Los 20 magistrados de la Sala de lo Penal han decidido por unanimidad que España es competente para investigar el delito de mutilación genital femenina perpetrado en el extranjero cuando los autores o las víctimas tengan algún tipo de vinculación con España. La Sala ratifica la resolución del juez instructor del Juzgado Central número 3, que decidió seguir adelante con la investigación sobre un caso de ablación en Gambia de una niña cuyos padres residen en España. El tribunal entiende que “tras la ratificación por España el pasado 1 de agosto del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y contra la violencia doméstica, ésta tiene la obligación de perseguir los delitos de ablación”.

⁷³ Sobre este particular, de especial interés para este tema resulta la obra de J. GARCÍA AÑÓN, *Prevention and enforcement of Female Genital Mutilation Legislation in Spain: some proposals on Penal Law, Asylum Law and Protocols of prevention*, Valencia, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2009, (<http://www.uv.es/garciaj/pub/2009mgf.pdf>).

⁷⁴ Vid., C. MIGUEL, “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, pp. 1-15. Esta norma se dicta siguiendo las indicaciones de ACNUR que en el año 2002 recomienda a los Estados que en las solicitudes para el reconocimiento de la condición de refugiada por motivo de género, se encuentre incluida la mutilación genital femenina.

pioneros y se sitúa desde el año 2007 a la cabeza de los estados europeos en materia de protección de las víctimas extranjeras por motivos de género, pues con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se ha incorporado la persecución originada por estos motivos, donde tiene cabida el riesgo de sufrir mutilación genital, como causa para solicitar el estatuto de refugiado en España⁷⁵.

3.4. Normativa Autonómica

Han sido varias las Comunidades Autónomas que con carácter previo a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o en fecha posterior a ella, han promulgado leyes sobre esta materia, utilizando diferentes denominaciones (violencia de género, malos tratos, mujeres maltratadas, mujeres y violencia de género, mujeres y violencia machista, entre otras)⁷⁶. La presencia de la mutilación genital femenina en nuestro país se detecta inicialmente en comunidades de inmigrantes africanos asentados en Cataluña⁷⁷. Por eso, una de las pioneras en esta materia es la *Comunidad Autónoma de Cataluña*, con su Ley 5/2008, de 24 de abril⁷⁸, sobre el derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. La ley catalana ofrece un concepto amplio de violencia contra la mujer, bajo la denominación de violencia machista. Y así, en su art. 1, al referirse al objeto de la ley, pone de manifiesto que su finalidad es “la

⁷⁵ Art. 36.1.f) de la Ley 12/2009. Así ha venido siendo reconocido en numerosas sentencias dictadas por los Tribunales españoles, entre otras: STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 11 de Mayo de 2009, rec. 3155/2006; STS de 6 de Octubre de 2006, rec. 6597/2003; STS de 15 de Junio 2011, rec. 1789/2009. SAN de 17 de Marzo de 2004, rec. 913/2002; SAN de 15 de Septiembre de 2010, rec. 256/2010; SAN de 25 de Febrero de 2009, rec. 40/2009.

⁷⁶ Tanto la denominación empleada por la norma como su contenido, incluyen o permiten incluir en el ámbito de protección de la misma a las víctimas de este delito, si bien, sólo algunas CC.AA hacen referencia explícita en sus disposiciones a esta práctica como una forma de violencia de género. Y así, se han venido desarrollando normas específicas sobre su prevención, detección, atención y, en definitiva, erradicación.

⁷⁷ En esta Comunidad, los distintos agentes en contacto con la población que mantiene esas prácticas han elaborado una estrategia de actuación para su evitación con un marcado carácter preventivo. Vid., B. LUCAS, “Prevención de la ablación o mutilación genital femenina en España: planes de acción y medidas de protección de menores, complementos necesarios a la prohibición legal”, *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, http://www.uv.es/CEFD/17/blucas_prevenccion.pdf.

⁷⁸ BOE núm 131, de 30 de mayo de 2008.

erradicación de la violencia machista y la remoción de las estructuras sociales y los estereotipos culturales que las perpetúan". Contempla específicamente los supuestos de mutilación genital femenina en su artículo 5, número 4, apartado d), entendida ésta como una manifestación de violencia en el ámbito social y comunitario. En este sentido se castiga "la mutilación genital femenina o el riesgo de padecerla, incluyendo cualquier procedimiento que implique o pueda implicar una eliminación total o parcial de los genitales femeninos o produzca lesiones en los mimos, aunque exista consentimiento expreso o tácito de la mujer"⁷⁹. En consecuencia, la remoción de los estereotipos culturales y sociales a que se refiere el objeto de esta ley, guarda directa relación con esta práctica⁸⁰.

En el mismo sentido, la Comunidad de Canarias promulga la Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género⁸¹. Su artículo 3º considera que constituyen formas de violencia contra las mujeres, a los efectos de esta Ley, en función del medio empleado y del resultado perseguido y, con independencia de que estas conductas estén o no tipificadas como delito, falta o infracción administrativa por la legislación vigente en cada momento (...) "g) la mutilación genital femenina, que comprende el conjunto de procedimientos que implican una eliminación parcial o total de los genitales femeninos y/o lesiones causadas a estos órganos por razones culturales, religiosas o, en general, cualquier otra que no sea de orden estrictamente terapéutica, aun cuando se realicen con el consentimiento, expreso o tácito, de la víctima"⁸².

⁷⁹ Estas son algunas de las medidas que esta Ley propone para erradicar la mutilación genital femenina: a) investigación del fenómeno, b) sensibilización social, c) Obligación de intervención y comunicación por parte de los profesionales (art. 11), d) Actuación de políticas públicas en el ámbito educativo (Art. 12 y ss.), e) formación y capacitación obligatorias de todas las personas profesionales que intervienen directa e indirectamente en procesos de violencia, así como obligación de las administraciones públicas de Cataluña de diseñar programas de formación a tal fin (arts. 18 y 19), (...), g) Regulación de todos los derechos de las mujeres a la prevención, la atención, la asistencia, la protección, la recuperación y la reparación integral (arts. 30 y ss). Vid., J. GARCÍA AÑON *et al.*, *Mutilación Genital Femenina: Conclusiones y propuestas sobre la aplicación del Derecho y desarrollo de buenas prácticas en su prevención.*, <http://www.uv.es/cefd/17/conclusiones.pdf>, p. 5.

⁸⁰ Vid., J. GARCIA GARCÍA-CERVIGÓN, "La mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico: ¿violencia intrafamiliar, delito de lesiones o violencia de género?", *La Ley*, núm. 78, 2011, Sección legislación aplicable a la práctica, p. 9.

⁸¹ BOE núm 162, de 8 de julio de 2003.

⁸² La inclusión de la mutilación como manifestación de la violencia de género se encuentra justificada a partir de la amplia definición que ofrece esta Ley en su art. 2, cuando considera violencia contra las mujeres "todo tipo de actuación basada en la pertenencia a dicho

También la *Comunidad de Aragón* dispone de una Ley en el mismo sentido. Se trata de la Ley 4/2007, de Prevención y Protección integral a las mujeres víctimas de Violencia⁸³. Menciona expresamente la mutilación genital como una manifestación de violencia contra la mujer y sanciona como una forma de esta violencia (...), art. 2.g) *“la mutilación genital femenina, que comprende el conjunto de procedimientos que implican una eliminación parcial o total de los genitales externos femeninos y/o lesiones causadas a los mismos por razones culturales o, en general, cualquier otra que no sea una de orden estrictamente terapéutico, aun cuando se realice con el consentimiento, expreso o tácito, de la víctima”*.

La *Comunidad de Madrid* cuenta con una normativa expresa sobre esta materia. Se trata de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, denominada Ley integral contra la violencia de género⁸⁴. Considera esta Ley que la violencia de género *“comprende toda agresión física o psíquica a una mujer, que sea susceptible de producir en ella menoscabo de su salud, de su integridad corporal, de su libertad sexual o cualquier otra situación de angustia o miedo que coarte su libertad”* (art. 2.2). Además, considera incluidas en su ámbito de aplicación *“todas las manifestaciones de violencia de género ejercidas sobre la mujer, como expresión de la discriminación, la situación histórica de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”* (art. 2.1), en concreto, el apartado g) hace referencia expresa a la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones.

La *Región de Murcia* regula esta materia en de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre Mujeres y Hombres y de protección contra la violencia de género⁸⁵. Incluye un conjunto de medidas integrales dirigidas a la sensibilización, prevención, asistencia y protección de las víctimas de violencia de género. Bajo el título *“violencia hacia las mujeres”*, en su art. 40 se define qué se entiende por violencia de género y a tales efectos considera la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones, pues la violencia a que se refiere esta ley comprende *“toda agresión física o psíquica a una mujer, que sea susceptible de producir menoscabo de su salud, de su integridad, de su libertad sexual o cualquier otra situación de angustia o miedo que coarte su libertad”*. Asimismo (...) se considera la ejercida sobre los menores y las personas dependientes de una mujer cuando se agrede a los miembros con ánimo de

sexo de la víctima (...) y se realice al amparo de una situación de debilidad o de dependencia física, psicológica, familiar, laboral o económica de la víctima frente al agresor”.

⁸³ BOE núm 141, de 13 de junio de 2007.

⁸⁴ BOE núm 52, de 2 de marzo de 2006.

⁸⁵ BOE núm 176, de 22 de julio de 2008.

causar perjuicio a aquélla. En particular, se entiende incluidas g) la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones.

Finalmente, la Ley 12/2008, de 3 de julio de la *Comunidad Autónoma de Valencia* de protección integral de la infancia y la adolescencia⁸⁶, dedica su art. 9 al derecho a la protección a la integridad física y psíquica del menor. En este sentido, las autoridades responsables de esta Comunidad se comprometen a adoptar *“las medidas pertinentes para proteger la integridad física y psíquica del menor frente a situaciones de maltrato, abuso, violencia, amenaza, mutilación genital, explotación sexual, laboral o económica, manipulación, utilización de instrumental y acción degradante y humillante, en todo tipo de conductas, ya sean intencionales por acción u omisión como imprudentes”*⁸⁷.

4. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

A pesar de que el legislador español ha tipificado estas conductas constitutivas de delito en el actual Código Penal, puesto que representan prácticas inhumanas y degradantes, los órganos jurisdiccionales españoles en sus distintos pronunciamientos han puesto de manifiesto las dificultades que plantea, en muchas ocasiones, la persecución de la mutilación genital femenina en nuestro país, debido, en gran medida, a la distinta concepción que de la misma tiene la población asentada en nuestro territorio como consecuencia de los flujos migratorios, junto a los problemas de prueba que lleva aparejada y la complejidad que añade el principio de extraterritorial o de justicia universal⁸⁸.

⁸⁶ BOE núm 200, de 19 de agosto de 2008.

⁸⁷ La normativa de otras Comunidades Autónomas relativa a la violencia de género, no contempla en sus disposiciones la práctica de la mutilación genital femenina como una forma más de este tipo de violencia. Este es el caso de la Comunidad de Castilla-La Mancha (Ley de Prevención de malos tratos y de Protección de las mujeres maltratadas, de 17 de mayo de 2001), Castilla y León (Ley 1/2003, de 3 de marzo de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres), Comunidad de Valencia (Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres), País Vasco (Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad entre mujeres y hombres), Baleares (Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer), Andalucía (Ley 13/2007, de 6 de noviembre, de Medidas de Prevención y protección integral contra la violencia de género), Galicia (Ley 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y tratamiento integral de la violencia de género).

⁸⁸ Principio previsto en el art. 23.4 de la LOPJ en virtud de la modificación introducida por la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, reformado por el art. 1.4.k) de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo.

Muestra de cuanto venimos diciendo se pone de manifiesto en la Sentencia 26/2011, de 15 noviembre, según la cual *“los valores culturales de las sociedades que practican la mutilación genital femenina transmiten a sus mujeres que cualquier mujer que no haya pasado por esta “purificación” (la amputación del clítoris para estas culturas significa “limpieza” y “pureza”), no es útil para el matrimonio y no tiene ninguna posibilidad de inserción normal en su sociedad de origen o en los grupos más o menos numerosos de compatriotas que se forman en el país de residencia”*⁸⁹. De manera que, en este contexto, se suele considerar que la única forma de desenvolverse en un país totalmente ajeno es mediante su introducción en el grupo cerrado de sus compatriotas, para lo cual es necesaria la mutilación de la hija, o bien se consiente la misma por presiones del entorno.

Hoy nadie cuestiona que una de las notas que definen a la sociedad española es su alto grado de multiculturalidad. Ésta obedece a los recientes movimientos migratorios que proceden de unas culturas donde se llevan a cabo unas prácticas desconocidas en los países de acogida como el nuestro. El conflicto surge, en algunas ocasiones, como evidencia la Sentencia 42/2013, de 13 de mayo, *“entre lo dispuesto por la ley imperante en esta sociedad y las creencias y concepciones religiosas, tradicionales o culturales de unos determinados grupos sociales migratorios que, a su vez, son iconos de identidad y de diferencia, en el seno de la pluralidad e interculturalidad, suscitándose una tensión inevitable entre el poder, el Estado de acogida y el individuo inmigrante, entre la autoridad y los valores del individuo, entre los valores sociales y colectivos y las vivencias personales del hombre”*⁹⁰.

Sin embargo, nuestros tribunales, en la mayoría de los casos, se niegan a admitir que esta mutilación carezca de relevancia penal amparada en razones culturales y/o religiosas y, en este sentido, reconoce la STS 835/2012, de 31 de octubre, que *“el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto de los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones (...) La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina”*⁹¹. En parecidos términos, la Sentencia 42/2013, de 13 de mayo, reconoce que *“el Estado no pue-*

⁸⁹ Sentencia 26/2011, de 15 de noviembre de 2011, F.J. 2º, Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Teruel, Recurso Núm 12/2011.

⁹⁰ Sentencia 42/2013, de 13 de mayo de 2013, F.J. 3º, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, Recurso Núm 3/2012.

⁹¹ STS 835/2012, de 31 de octubre de 2012, F.J 3º, Sala de lo Penal, Recurso de Casación Núm 3/2012. Para ello el Tribunal recuerda lo establecido en la Exposición de Motivos de la

de admitir, bajo el alegato de la libertad de conciencia o al abrigo de la tradición y al amparo de la costumbre, todas las actuaciones que según criterios individuales sean conformes a los dictados de la conciencia, ya que ello supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y trascendencia que constituyen un referente universal, tales como la vida, la integridad física o la indemnidad sexual⁹². En suma, debe señalarse que “el límite al respeto de las culturas autóctonas se encuentra en el respeto a los Derechos Humanos, universalmente reconocidos y que actúan como mínimo común denominador intercultural”⁹³.

Entendemos, a juzgar por el sentido de estos pronunciamientos judiciales, que concurren cuestiones de orden público⁹⁴ para prohibir la práctica de la mutilación genital dentro de nuestras fronteras⁹⁵ y por eso mantene-mos, en la misma línea de nuestros tribunales, que estas prácticas “suscitan, cuando menos, resistencia u oposición por parte no sólo de los particulares-conciudadanos que conviven con quienes las practican, sino también y, principalmente, de los poderes públicos, en la medida en que éstos están comprometidos constitucionalmente a garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 9.2 de la C.E)”⁹⁶.

Sin embargo, a la hora de enjuiciar estos hechos, los tribunales tienen en cuenta el conocimiento de las normas fundamentales de convivencia de la cultura española por parte de los responsables de prevenir y evitar a las

L.O. 3/2005 de 8 de Julio que acordó perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

⁹² Sentencia 42/2013, de 13 de mayo de 2013, F.J. 1º.

⁹³ *Ibidem.*, F.J.4º.

⁹⁴ Vid., M. AGUILAR NAVARRO, “El orden público en el Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol XX, 1967, p. 69; M. DORAL, *La noción de orden público en el Derecho Civil español*, Pamplona, 1989, pp. 30 y ss; J. ZAMORA CABOT, “A propósito del orden público en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 123-1135.

⁹⁵ Así lo hemos puesto de manifiesto en M. VIDAL GALLARDO, “Prescripciones alimentarias y nueva Ley de libertad religiosa y de conciencia: particular conflicto en caso de la Comunidad Islámica”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 27, 2011, p. 182, nota 13.

⁹⁶ *Ibidem.*, p. 183. Vid., J. DE LUCAS, *El desafío de las fronteras. Derechos Humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de hoy, Madrid, 19994, pp. 31-43; J. GARCÍA AÑÓN, “Derechos culturales y dimensión de género”, en *Género y derechos fundamentales*, C. MONEREO ATIENZA y J.L. MONEREO PÉREZ (coords.), Granada, Comares, 2010, p. 685, donde se hace referencia al concepto de orden público en relación a este tipo de prácticas, sin perjuicio de apreciar el carácter convencional, dinámico y cambiante de esta cláusula que no puede presentarse como un límite objetivo e inmutable, junto a la falta de legitimidad de estas prácticas por vulnerar los derechos humanos.

menores el sometimiento a este tipo de prácticas, así como su grado de inserción e integración en la comunidad de acogida. Es por ello que el órgano juzgador, generalmente, rechaza la tesis del error de prohibición, es decir, el desconocimiento de la sanción penal en España de estos hechos, particularmente en aquellos casos en que, después de un tiempo prudencial de residencia en España, al menos uno de los progenitores de la menor, sea lo más razonable que conozca que este tipo de conductas están sancionadas por nuestro ordenamiento jurídico⁹⁷, como pone de manifiesto la Sentencia 26/2011, de 15 de noviembre. En el mismo sentido, la STS 1141/97, de 14 de noviembre, aprecia que *“aunque la defensa alega la existencia de error de prohibición, la Sala lo desestima por lo que se refiere al padre de la menor, toda vez que tenía conocimiento de la antijuricidad de la norma que sanciona la mutilación genital femenina al formar parte de la cultura de España, país en el que lleva viviendo desde hace más de diez años, teniendo un perfecto conocimiento del idioma y relación con personas ajenas a su nacionalidad (...)”*⁹⁸.

En similares términos se pronuncia la Sentencia 42/2013, de 13 de mayo, según la cual *“la residencia regularizada de los acusados en España con aceptable integración social y cultural, les impide alegar ignorancia delictiva en la ablación*

⁹⁷ Vid., Sentencia 26/2011, FJ. 2º. En el mismo sentido, la STS 1141/97, de 14 de noviembre –RJ 1997, 7860–, donde se reconoce que *“(...) tampoco las razones culturales y religiosas aducidas pueden tener encaje en el error de prohibición. Sin embargo, sí aprecia error de prohibición en la madre, pues llegó a España pocos meses antes de practicarse el hecho delictivo y no consta que conociera la ilicitud de la práctica de la mutilación genital femenina, muy arraigada en el entorno del que procedía, por lo que lo tenía asumido como normal y necesaria para la mujer. Ahora bien, tal error era vencible, ya que la procesada tuvo la posibilidad de consultar con su esposo sobre la licitud de tal actuación y no lo hizo”*.

⁹⁸ Esta situación ha llevado a los tribunales, en algunas ocasiones, a la adopción de medidas tuitivas en prevención de la posible práctica mutilatoria. Así, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, dicta el auto 274/2005, Recurso Núm. 142/2005, por el que se acuerda mantener las medidas adoptadas por el Juzgado de Instrucción y después por el Juzgado de familia, toda vez que *“se había comprobado que sus hijas mayores habían sido sometidas a ablación genital en el país de origen y, ante la sospecha de que pudieran sufrir idéntico trato sus dos hijas menores, se ordenó una medida de protección respecto a las mismas consistente en ordenar el cierre del territorio nacional para ellas o prohibiendo la concesión de pasaportes para las mismas”*. En parecidos términos, la Audiencia Provincial de Girona, sección 2ª, dicta un auto el 26 de enero de 2004, auto 7/2004, Recurso Núm. 556/2003). Considera esta resolución que en virtud de las pruebas practicadas *“es tan evidente como incuestionable que existe riesgo de que se practique a las tres hijas dicha mutilación en el caso de que acudan al país de origen de la madre, que se acuerda prohibir su salida del territorio nacional, hasta su mayoría de edad, así como la expedición del pasaporte, junto a la exploración de las menores por parte del médico forense cada seis meses”*, F.J. 2º.

genital”⁹⁹. Es por ello que, según esta resolución judicial, su práctica en la clandestinidad normalmente “supone un juicio acerca del conocimiento previo de la antijuricidad que hace desaparecer el error de prohibición, máxime cuando el infractor no es un inmigrante recién llegado del país de origen, sino un ciudadano extranjero que responde a un perfil de adecuado test de integración por su prolongada permanencia en territorio español y grado de adaptación social y cultural del país de acogida”¹⁰⁰.

No obstante, la reforma penal operada en el año 2003, además de incorporar como delito autónomo la mutilación genital femenina, como una variante del delito de lesiones, a su vez modifica la LOPJ, atribuyendo competencia jurisdiccional a los tribunales españoles para conocer de los delitos relativos a estas prácticas, siempre y cuando los responsables se encuentren en España, en virtud del principio de extraterritorialidad y de justicia universal, aunque la comisión del delito hubiera tenido lugar en el extranjero, como suele suceder en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes han emigrado a nuestro país. Pero no es hasta el año 2013 cuando existe el primer pronunciamiento judicial condenando la ablación cometida fuera de nuestro territorio, en virtud de la Sentencia de la Audiencia Nacional 7/2013, de 4 de abril¹⁰¹. Se trataba de una mutilación realizada por la acusada o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España, como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal. Alega este tribunal para poder perseguir extraterritorialmente esta práctica que “para la determinación del marco legal en que se desenvuelve la conducta de la acusada, en su condición de inmigrante, en supuestos en los que la actuación sometida a enjuiciamiento pretende estar amparada por el ejercicio de su tradición y cultura, debe tenerse en cuenta que, el principio o presupuesto normativo en España es el respeto a los Derechos Humanos por parte de los extranjeros que llegan a nuestro país, sin que éstos puedan eludirse en base a razones de tipo cultural, religioso o ideológico”¹⁰². No obstante, esta sentencia fue objeto de recurso de casación resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia 939/2013, de 16 de diciembre¹⁰³, que anula la

⁹⁹ Sentencia 42/2013, de 13 de mayo de 2013, F.J. 3º.

¹⁰⁰ Ibidem., F.J. 1º.

¹⁰¹ Sentencia de la Audiencia Nacional 7/2013, de 4 de abril de 2013, Sala de lo Penal. Recurso de Apelación núm. 13/2011.

¹⁰² Ibidem., F.J. 2º.

¹⁰³ STS 939/2013, de 16 de diciembre de 2013, Sala de lo penal, Recurso de casación núm. 832/2013.

sentencia de la Audiencia Nacional por entender que ésta, en su fundamentación jurídica, realiza manifestaciones que envuelven un alto grado de incerteza en la determinación de la autoría y en la conciencia de la ilicitud del hecho. No podemos olvidar que la mutilación se practicó en el país de origen antes del reagrupamiento familiar en España y, por ello, *“es más que probable que la acusada ignorara que la mutilación genital de su hija constituyera un delito no sólo dentro de España, sino fuera de ella”*¹⁰⁴. Además, se está juzgando en este supuesto *“el comportamiento de seres humanos que proceden de un mundo tal alejado del nuestro (...)”*¹⁰⁵. Es por eso que la Sala entiende que *“en el contexto en que se desarrollan los hechos, la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ilegalidad de la ablación de clítoris y, en su caso, impedir el resultado”*¹⁰⁶. No obstante, en relación con esta resolución, se emite un Voto Particular en el que se pone de manifiesto que la falta de información en la acusada que le permita deshacer el error no está justificada, toda vez que *“Senegal ha suscrito los principales textos internacionales que reconocen la Dignidad de la mujer y el derecho a su integridad física. También ha asumido el compromiso jurídico de evitar la práctica de mutilaciones en los órganos genitales”*¹⁰⁷.

A la luz de estos pronunciamientos judiciales podemos concluir que nuestros tribunales están incriminando la práctica de la mutilación genital femenina efectuada fuera del territorio nacional en función del conocimiento o ignorancia de las personas responsables de la menor de que ésta constituye una conducta punible en España. Por eso no actúan de la misma forma cuando se lleva a cabo aprovechando una salida vacacional al país de origen, previa residencia en España, que cuando tiene lugar con carácter previo al traslado migratorio a territorio español. Incriminan la conducta en el primer caso, absuelven de toda responsabilidad en el segundo. Cuestión, por lo demás, que entra dentro de toda lógica jurídica si tenemos en cuenta que, *“de aplicar de forma rigurosa el principio de justicia universal y de extraterrito-*

¹⁰⁴ *Ibidem.*, F.J. 1º.

¹⁰⁵ *Ibidem.*, F.J. 2º.

¹⁰⁶ *Ibidem.*, F.J. 3º.

¹⁰⁷ Vid., Voto Particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Marchena Gómez a la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2013, recaída en el recurso de casación número 832/2013.

Este voto particular expone cómo *“en efecto, la Convención de Derechos del Niño fue firmada por Senegal con fecha 26 de enero de 1990, ratificada mediante instrumento de 31 de julio de 1990 y entró en vigor el día 2 de septiembre del mismo año. Del mismo modo, Senegal ha suscrito la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos conocida como Protocolo de Maputo, de 11 de julio de 2003, en la que se reconoce los derechos de la Mujer en África (...)”*.

rialidad, la reagrupación familiar puede dar lugar a la apertura de múltiples causas y condenas judiciales o compeler a que los padres dejen a sus hijas mutiladas en los lugares de origen donde tal práctica es socialmente aceptada, perpetuando las desigualdades de género”¹⁰⁸.

No obstante, el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional acuerda, en octubre de 2014, la competencia de España para la persecución de los delitos de ablación, ratificando la decisión del Juzgado Central número 3, por la que se procesó a unos padres que residen en España por la mutilación genital de su hija, cometida en Gambia en 2005, de manera que ha confirmado su procesamiento como presuntos “responsables criminales” de estos hechos¹⁰⁹.

Desde la perspectiva de la concesión del derecho de asilo en territorio español, a la luz de la reforma operada en esta materia, la STS de 11 de mayo de 2009¹¹⁰, considera que “*se dan los requisitos exigidos para tener la consideración de refugiada, puesto que la lesión física o psíquica consistente en la mutilación genital que ha sufrido (...) es una forma de violencia de género que debe ser considerada de entidad suficiente como para ser configurada como una persecución a los efectos del reconocimiento de la condición de refugiada (...)*”. En este sentido, la STS de 28 de octubre de 2005¹¹¹, ofrece la pauta para interpretar el art. 12.2 de la Ley de Asilo cuando justifica su aplicación en la existencia de “*circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos que son inherentes a la persona para el caso de que ésta hubiera de retornar a su país. Es obvio que si la demandante volviese a su entorno social, se encontraría razonablemente en una situación de rechazo o al menos de incompreensión familiar por no aceptar pautas de comportamiento familiares y sociales que la condujeron a la ablación, lo que justifica que le sea admitido el derecho a permanecer en España en el marco de la legislación de extranjería*”¹¹².

¹⁰⁸ F. JIMÉNEZ GARCÍA., “La mutilación genital femenina...”, cit. p. 356.

¹⁰⁹ Vid., <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Pleno-de-la-Sala-Penal-de-la-Audiencia-Nacional-acuerda-la-competencia-de-Espana-para-la-persecucion-de-los-delitos-de-ablacion>. Los magistrados han adoptado esta medida con fecha 3 de octubre de 2014, al considerar que el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y contra la Violencia Doméstica, que entró en vigor 1 de agosto de 2014, prevalece sobre la limitación de la justicia universal.

¹¹⁰ STS de 11 de mayo de 2009 F.J. 2º, Recurso de casación 3155/2006.

¹¹¹ STS de 28 de octubre de 2005, Sección 5ª, Recurso de casación 4828/2002.

¹¹² Esta Sala ha tenido ocasión de declarar en distintas resoluciones que una situación de desprotección y marginación social y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (SSTS de 7 de julio de 2005 -RC 2107/2002- y de 8 de julio de 2008 -RC 2316/2005-); que la persecución por razón

5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Existe en nuestro ordenamiento jurídico un reproche penal a la práctica de la mutilación genital femenina, considerada como uno de los ataques más graves e intolerables contra la dignidad de la mujer. Sin embargo, una respuesta exclusivamente represiva es insuficiente para resolver una cuestión que no queda reducida a un mero conflicto entre lo público y lo privado, sino que entra de lleno en la vulneración de los derechos humanos. Además, la consecuencia sancionadora como única respuesta, dificulta la aplicación de medidas de discriminación indirecta o políticas de acomodación que son de recibo en otras situaciones en que se enfrentan los derechos culturales y los derechos de las mujeres¹¹³.

En este sentido, la erradicación de este tipo de prácticas atentatorias contra la mujer, exige una política bidireccional, no sólo focalizada en la adopción de medidas preventivas que comprometan a los estados receptores, sino también proyectadas en la sociedad de procedencia y orientadas a la concienciación de que se trata de una práctica perjudicial para la mujer que además lleva aparejada una condena penal en el país en que pretende llevar a cabo su proyecto de vida. Esto exige un trabajo conjunto y coordinado por parte de todos los agentes implicados, especialmente a nivel institucional, entre ambos países y, particularmente, en el plano jurisdiccional.

Por otro lado, la efectividad de las medidas preventivas adoptadas en el país de acogida, pasa necesariamente por la descentralización en su puesta en práctica. La cercanía al problema, su proximidad, facilita su conocimiento y propicia la cooperación entre los distintos sectores en el abordaje de esta práctica, cada uno en el ámbito de su respectiva competencia, no sólo estrictamente jurídica¹¹⁴, sino también educativa o sanitaria.

Desde una perspectiva sanitaria, es necesario llevar a cabo una tarea de formación del personal sanitario, realizando campañas orientadas a la prevención de estas prácticas. Es este personal especializado quien mejor conoce las consecuencias en la salud que produce la mutilación genital de la mujer

de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales (SSTS de 31 de mayo de 2005 -RC 1836/2002-, 9 de septiembre de 2005 -RC 3428/2002- y 10 de noviembre de 2005 -RC 3930/2002-).

¹¹³ J. GARCÍA AÑÓN, "Derechos culturales y dimensión de género", op. cit., p. 692.

¹¹⁴ Vid., M.D., ADAM MUÑOZ, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones...*, op. cit. pp. 115 y ss.

que la sufre. Por eso es necesario comunicar esta información a los colectivos de mujeres afectadas para evitar que se perpetúen este tipo de conductas.¹¹⁵

Se precisa, también, de la adopción de medidas educativas y de concienciación de los sectores sociales implicados, tomando como punto de referencia sus propias concepciones de la salud, la sexualidad o el respeto a su tradición y sus costumbres. Y aquí es donde debe entrar en juego la participación activa de la mujer y la capacidad de decisión dentro de las comunidades y los grupos para ayudar a fortalecer su autonomía, a través de su intervención en el diseño y la gestión de las medidas tendentes a la erradicación de esta práctica, ofreciendo propuestas específicas de solución. Pero esta labor educativa también debería estar enfocada a la sociedad en su conjunto, para que tome conciencia de la magnitud del problema, contribuyendo de esta forma a evitar sentimientos de incomprensión y de estigmatización¹¹⁶.

Sin embargo, no siempre y necesariamente las medidas adoptadas en nuestro país para la protección de los derechos de la mujer en este sentido, han tenido un carácter preventivo, sino, muy al contrario, han ido acompañadas de un evidente componente represivo. Algunos protocolos de actuación corren el riesgo de conseguir un efecto estigmatizador y discriminatorio de la menor a la que se pretende proteger. Y así, hemos podido constatar este extremo en algunas de las resoluciones analizadas en las cuales, ante la proyección del viaje de una menor a un estado donde es generalizada la realización de esta práctica, con carácter preventivo, es privada de la autorización para salir del país, pasando incluso a depender de los servicios sociales.

Una última reflexión. La erradicación de la mutilación genital femenina precisa de profundos cambios en arraigadas convicciones fruto de tradiciones y costumbres milenarias que representan la identidad y la pertenencia a un grupo. Además, el abandono de esta práctica se ve dificultado por la presión social que ejerce el grupo por el compromiso que se asume con el mismo¹¹⁷. Por eso su desaparición sólo podrá conseguirse cuando se inviertan los términos de su valoración, pues de lo contrario, si se trata sólo de una prohibición legal sancionada penalmente, los afectados por la misma, lejos de abandonar estas prácticas atentatorias contra la dignidad de la mu-

¹¹⁵ Precisamente a este finalidad responde *la guía sobre Mutilación genital femenina: abordaje y prevención*, Granada, 2008.

¹¹⁶ Vid., J. ROPERO CARRASCO, "La mutilación genital...", cit. p. 365.

¹¹⁷ Vid., E. YAYME, "Identité culturelle et integration: le Droit International privé post-moderne", *Recueils des Cours*, vol. 251, 1995, pp. 13 y ss.

jer, pueden reaccionar reforzando sus convicciones como signo de identidad frente a la sociedad de acogida que perciben como una sociedad intolerante y xenófoba.

MERCEDES VIDAL GALLARDO
Universidad de Valladolid
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad s/n
47002 – Valladolid
e-mail: mvidal@der.uva.es